

O MANDADO DE SEGURANÇA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988*

ADHEMAR FERREIRA MACIEL**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O tema que me foi proposto pela Quadragésima Quinta Subseção da Ordem dos Advogados de Minas Gerais, em seu já festejado a esperado III Seminário de Estudos Jurídicos, foi 'Mandado de Segurança na Constituição de 1988'. Mesmo em se tratando de Constituição nova, não vou, seguramente, falar nada de novo, nada que os senhores não conheçam. Apenas, com experiência já longa de magistrado e de professor, talvez possa trazer um ou outro enfoque diferente a este instituto genuinamente brasileiro, que já começa a ser seriamente estudado por autores estrangeiros. Por tais razões, vou procurar ser didático e me abstrair de que me acho falando para uma platéia seleta de advogados, membros do Ministério Público, delegados de polícia e de juízes afeitos ao dia-a-dia forense.

Antes de pegar a nossa Constituição e ler os dois incisos do art. 5º, que tratam do mandado de segurança, vamos recordar, juntos, alguns tópicos básicos que avivarão, creio, matéria conhecida.

Poucas constituições no mundo se preocuparam em inserir, no rol das garantias individuais, ações específicas. De memória, lembro-me da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos que, assim mesmo fora do capítulo das garantias individuais, fala ligeiramente no *juicio de amparo*. As Constituições de Portugal e da Espanha falam em *habeas*

* Palestra proferida pelo Ministro Adhemar Ferreira Maciel no III Seminário de Estudos Jurídicos da 45ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, em Patos de Minas, no dia 23/8/91.

corpus. E assim por diante. Mas, nenhuma delas se preocupou em 'conceituar' os institutos processuais de garantia.

Pois bem, o constituinte brasileiro – sobretudo o da Constituição de 5/10/88 – sempre foi rico em nomear e conceituar instrumentos processuais capazes de garantir a efetivação dos 'direitos subjetivos' e mesmo interesses' de seus cidadãos. Dessarte, temos o *habeas corpus*, o *habeas data*, o 'mandado de injunção', a 'ação popular' e o 'mandado de segurança'. Colocar o instituto processual na Constituição não deixa, no fundo, de ser positivo: evita que o legislador ordinário, mais suscetível de influências políticas momentâneas, possa suprimi-lo ou mesmo apequená-lo. Os então alemães ocidentais tiveram essa preocupação quando da Emenda Constitucional n. 19, de janeiro de 1969, á Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha. Introduziu-se, na própria Lei Fundamental, o instituto processual da *verfassungsbeschwerde* para garantir os direitos fundamentais ou assemelhados, ameaçados ou violados pelo Poder Público. A conveniência de tal inserção constitucional foi muito debatida no *Bundestag*. Naquela época, ainda se achavam frescas, nas mentes dos constituintes, as atrocidades do regime nazista, que muito pressionou os juizes com a doutrina do *Führerprinzip*.

Já se acha pacificado, na doutrina e na jurisprudência, que o mandado de segurança é uma 'ação', embora uma ação com sede constitucional. Pois bem, se é uma ação, deve submeter-se ao regime das ações judiciais. Assim, seu autor, vale dizer, o 'impetrante', para poder defender em juízo seu direito subjetivo ameaçado ou lesado, tem de ser o titular de tal direito. Isso é o que comumente se dá: o legitimado *ad processum* deve ser o mesmo legitimado *ad causam*. Ainda em outras palavras; quem pede formalmente o auxilio do juiz só pode ser a própria pessoa que se tem por lesada ou ameaçada de prejuízo. Há muito, porém, o Direito permite que, em casos excepcionais, todos previstos taxativamente em lei, possa ela mesma, em seu nome, pleitear direito

alheio. Um exemplo de todos nós conhecidos: o marido pode ajuizar ação para proteger bem dotal de sua mulher. Quem é o titular do direito material não é o marido. É sua mulher. O bem é dela, não dele. No entanto, a lei (Código Civil, art 289, inciso III) permite possa o marido, além da mulher, defender o bem em juízo. Tal exceção é uma opção política do legislador. O que se quer, no fundo, é a proteção de instituição maior, a família. Na substituição processual, deve haver um *nexum* de interesses, que o legislador politicamente julga importante, entre o 'substituto' e o substituído'. Muitos e muitos exemplos poderíamos citar, todos conhecidos dos senhores. Esse fenômeno processual é denominado 'legitimação anômala' ou 'legitimação extraordinária'. Também é conhecido como 'substituição processual' (Kohler/Chiovenda).

O art 6º do Código de Processo Civil cristaliza tudo o que eu disse: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

Feitas essas ligeiras recordações, penso que já podemos ler os dispositivos constitucionais sobre mandado de segurança.

Diz o artigo da Constituição vigente:

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data* quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder foi autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional.

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (...).

A Constituição, como acabamos de ouvir, fala em "direito líquido e certo". Por direito líquido e certo deve-se entender a 'prova' já produzida (comumente) com a petição inicial. Não se traia daquele 'direito translúcido', 'indiscutível', 'reconhecido de plano' dos primórdios da nossa primeira lei de mandado de segurança (Lei n. 191/36). Todo direito pode ser passível de dúvida, de discussão. O 'fato' é que tem de ser certo, demonstrado documentalmente. O direito líquido e certo, dessarte, é uma 'condição especial' da ação de mandado de segurança. O processo da ação mandado de segurança faz lembrar o *urkundenprozess* (processo documental) do direito alemão, que só admite tal via para quem já tenha o documento probatório. Quem não prova com a inicial aquilo que deduz em juízo, não tem como resolver seu conflito de interesses por meio de mandado de segurança (existe o caso excepcional de a documentação estar em poder de terceiro ou da própria autoridade coatora). Será dado como 'carecedor da ação'. Terá de se utilizar de outra ação. Não da ação de mandado de segurança.

A Constituição, por outro lado, exclui da via do mandado de segurança conflitos que possam ser resolvidos pelas ações específicas do *habeas corpus* & do *habeas data*. Às vezes, o direito a ser protegido se acha em zona fronteiriça, que pode levar a dúvidas se o caso é de mandado de segurança, de *habeas corpus* ou de *habeas data*.

Trago para os senhores um caso recente, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Fui o relator. Um advogado e um procurador da Fazenda Nacional se rebelaram contra uma portaria que obrigava todo o mundo, inclusive os advogados, a colocar um crachá no peito para poder circular, ainda que profissionalmente, no prédio do Ministério da Fazenda em Salvador, na Bahia. No lugar de ajuizar um mandado de segurança, os dois advogados entraram com o pedido de *habeas corpus*. Como não se tratava de direito de 'ir e vir', do *status libertatis*, o juiz federal não conheceu do *habeas corpus*. Em decorrência disso, eles interpuseram um recurso criminal no sentido estrito. O

Tribunal, então, através de sua 3ª Turma, á unanimidade, negou provimento ao recurso Entendeu que o caso não era de *habeas corpus*, e sim de mandado de segurança (RHC n 91 01 049763 BA, julgado em 3/6/91).

O impetrante deve ajuizar sua ação no juízo onde está sediada a autoridade coatora, ou seja, o impetrado. Trata-se, em meu entender, de 'competência absoluta'. Na sessão plenária do dia 15/8/91, no Conflito de Competência n. 90.01.145299-PA, em que também fui relator, assim ficou solucionada a divergência entre juizes federais das Seções Judiciárias do Acre e do Pará.

EMENTA PROCESSUAL CIVIL CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIAS PRECATÓRIA NÃO CUMPRIMENTO AO FUNDAMENTO DE QUE AO DEPRECADO E QUE COMPETE PROCESSAR E JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE AUTORIDADE COATORA SEDIADA EM SUA JURISDIÇÃO PROCEDÊNCIA DO CONFLITO.

I – O juízo federal do Acre deprecou o juízo federal do Pará para que ele notificasse autoridade coatora sediada em sua jurisdição. O juízo deprecado, todavia, entendeu que o mandado de segurança só pode ser processado o julgado por ele o impetrado é órgão sediado na Seção Judiciária sob sua jurisdição (Pará).

II – Por se tratar de incompetência absoluta, cabe ao deprecado defender sua competência e recusar o cumprimento de precatória, suscitando o conflito

III – Competência do juízo suscitante (deprecado).

A autoridade coatora, isto é, o impetrado, é quem pratica ou ameaça praticar o ato lesivo, ou, ainda, quem deixa de praticar o ato que fere ou possa ferir direito subjetivo do impetrante. O meio prático de se saber quem é a autoridade coatora é verificar se é ela que pode desfazer o ato. Se for, deve figurar na relação jurídico-processual como impetrado. A evidência, se a autoridade superior encampa o ato praticado por autoridade inferior, ela se torna automaticamente coatora. Tal fato não é incomum. O impetrante, vez por outra, aponta autoridade que não

praticou o ato. Ao prestar as informações, todavia, ela acaba por defender e encampar o ato praticado pelo verdadeiro coator, que hierarquicamente lhe é subordinado. Torna-se, por isso, autoridade coatora. Se, todavia, insistir que não pode figurar como impetrado, por não ter praticado o ato impugnado, cabe ao juiz extinguir o processo por falta de legitimação passiva.

Pela Constituição, o impetrado é "autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". Desse modo, quem estiver agindo em nome do Poder Público pode ter seu ato corrigido judicialmente por meio de mandado de segurança. Recentemente, no MS n. 91.01.007416-GO, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu que o liquidante de entidade financeira, em liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central do Brasil, é agente público. Logo, pôde figurar como autoridade coatora em mandado de segurança. Pela mesma forma, um diretor de estabelecimento particular de ensino, um mesário de mesa receptora de votos nas eleições etc. podem ser impetrados em mandado de segurança. Muito embora quando se fez a Lei de Mandado de Segurança se tenha pensado no órgão público da Administração, hoje, diante da largueza do Código de Processo Civil e da matriz constitucional, admite-se mandado de segurança contra ato de qualquer órgão público, de particular com delegação pública e, até mesmo, contra ato do próprio juiz.

Também é importante lembrar que a ré na ação de mandado de segurança não é, como alguns autores acham, a 'autoridade coatora'. A ré é a 'pessoa jurídica' da qual a autoridade coatora é órgão. Ré é quem sofre as consequências da condenação, é quem paga ou reembolsa as custas etc. O impetrado é o órgão, singular ou colegiado, que pratica o ato impugnado.

A Constituição fala em "ilegalidade ou abuso de poder". Na prática, as duas expressões – ilegalidade e abuso de poder – equivalem-

se. Mas, na doutrina, são inteiramente diferentes. Daí a inserção no Texto Constitucional. Os atos administrativos – principal preocupação do mandado de segurança – são, como sabemos, 'vinculados' e 'discricionários' (com licença de Maurice Hauriou, que só fala em 'poder' discricionário ou vinculado!). A 'ilegalidade' está ligada a ato vinculado e o 'abuso de poder' a ato discricionário. O impetrado que afronta o que se acha prescrito pela lei comete ilegalidade; ao contrário, se, sem afronta direta à norma, abusa de seu poder discricionário, onde prevalecem as tônicas da conveniência e da oportunidade, age abusivamente. Um exemplo talvez esclareça melhor a diferença entre ato vinculado e ato discricionário. De acordo com a Constituição, art 94. parágrafo único, depois que o Executivo recebe a lista tríplice para escolha do advogado ou membro do Ministério Público para compor o Tribunal Regional Federal ou o Tribunal de Justiça, ou, ainda, o Tribunal de Alçada, em suma, o "quinto constitucional", ele tem 20 dias para fazer a nomeação. Se passar além de dois decêndios, estará agindo 'ilegalmente'. A Carta Política de 1969 não continha tal norma imperativa. Se o governador, digamos, demorasse um ano para prover o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça, ele estaria agindo abusivamente, não ilegalmente. Nos primórdios de nossa República, tivemos casos semelhantes, todos já ontológicos. O Presidente Floriano Peixoto, por turras com o Senado Federal, que se recusou a aprovar o nome do médico Barata Ribeiro e de dois generais para o Supremo, ficou sem indicar e prover sete vagas de ministro do Supremo ... Seu ato não feriu qualquer norma expressa. Não foi, no sentido que estou falando, 'ilegal'. Mas foi 'abusivo'.

A grande novidade da Constituição de 1988, em sede de mandado de segurança, é o mandado de segurança coletivo. O *juicio de amparo* mexicano já permitia, há muito, que entidade classista (agrária, por exemplo) defendesse direito ou mesmo interesses de seus associados. O fenômeno é também velho no Direito americano: as denominadas *class* ou *representative actions* ou, ainda, *class suits*. Pois bem, a própria

Constituição dá legitimidade anômala – para que 'partido político' com representatividade no Congresso, 'organização sindical', 'entidade de classe' ou 'associação' legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano ajuízem mandado de segurança para defender 'direito' ou mesmo 'interesse' de seus associados. Em outras palavras, o 'sindicato', o 'partido político', a 'associação de classe' ou a 'associação' agirão em nome próprio, defendendo, porém, direitos subjetivos comuns de seus membros. A evidência, tais entidades não necessitam de procuração de cada um de seus filiados. Na petição inicial, não se tem de relacionar os nomes dos associados. A propositura da ação independe, até mesmo, da vontade dos membros. Trata-se da denominada 'legitimação extraordinária autônoma'. Nada impede, é certo, habilite-se o filiado mais preocupado como 'assistente simples' ou 'assistente litisconsorcial', dependendo se a entidade classista defende 'interesses' ou 'direitos' comuns. Podemos, então, dizer, mais tecnicamente, que o último caso é de 'legitimação extraordinária autônoma concorrente'. As entidades classistas é que darão procurações a seus advogados, e estes irão postular em nome delas 'direito' ou 'interesses' específicos dos associados. Como se percebe, é a própria Constituição que agasalha a legitimação extraordinária, a substituição processual.

A Constituição, na alínea *b* do inciso LXX, fala em interesses. Como sabemos, o interesse é um *minus* em relação ao 'direito subjetivo'. O direito subjetivo pertence a uma pessoa ou a um grupo de pessoas. Já o interesse, denominado 'interesse coletivo', 'interesse legitimado' ou, ainda, 'interesse difuso' pertence a todos e a ninguém especificamente ao mesmo tempo. Tenho interesse na pureza do ar da minha cidade. Todos temos. Mas ninguém, especificamente, pode dizer que tem direito ao ar puro.

As entidades arroladas no inciso LXX, por meio de mandado de segurança coletivo, legitimidade para defender tais interesses de seus associados. Não só 'direito subjetivo', mas também 'interesses'.

O mandado de segurança coletivo nasceu ontem. Tem menos de três anos. Muitas dúvidas existem ainda, como, por exemplo, o alcance de mandado de segurança coletivo impetrado por partido político. Os beneficiados serão só aqueles com fichas partidárias na Justiça Eleitoral? Será toda a sociedade? Se a questão for privativa de uma entidade de classe, poderá o partido político impetrar segurança diretamente ou só subsidiariamente? O Superior Tribunal de Justiça, no MSC n. 197-DF, que teve como relator designado o Min. Garcia Vieira, entendeu que partido político só pode agir, em mandado de segurança coletivo, em questões políticas, assim mesmo se autorizado por lei ou por estatuto. Por outro lado, o conceito de autoridade coatora em mandado de segurança coletivo não pode ter a mesma rigidez da autoridade coatora do mandado de segurança individual. Como estamos percebendo, muitas indagações surgem. Só o tempo, por meio de laboriosa doutrina e jurisprudência, é que irá dando o perfil do mandado de segurança coletivo.

Por último, ainda dentro do tema que me foi proposto, quero falar, mesmo que rapidamente, sobre o recurso ordinário. A Constituição de 1988 também trouxe novidade em matéria de recurso contra decisão de tribunais em mandado de segurança. Se tratar de decisão denegatória' em única instância, proferida pelos tribunais superiores, cabe recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal. Pela mesma forma, cabe recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça quando a decisão, em única instância, de Tribunal Regional Federal ou de Tribunal de Justiça for denegatória. Resta-nos, agora, saber o que se deve entender por decisão denegatória.

Se consultarmos as decisões de nossos tribunais, verificaremos que não é incomum falar-se "o Tribunal (...) denegou a segurança", mesmo quando não se apreciou o mérito do pedido do impetrante. Dever-se-ia utilizar 'denegação' só quando se entra no mérito. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no HOMS n. 82-MG (Rel. Min Gueiros Leite, DJU de 19/02/90). Há decisões contrárias,

entendendo que 'denegar' não se refere só a mérito (ROMS n. 224 PB, Rel.: Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 6/8/90, e 480 SP, Rel.: Min. Cláudio Santos, DJU de 18/3/91). Das decisões concessivas de segurança não cabe recurso ordinário. Pode caber recurso especial e/ou recurso extraordinário. Nunca recurso ordinário. Como se percebe, o objetivo do constituinte foi alargar ainda mais as instâncias em favor do sucumbente. Em decorrência, haverá acúmulo maior no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, pois muitas são as fontes alimentadoras do recurso.

São essas as abordagens que queria fazer. Coloco-me, agora, á disposição dos senhores para as perguntas. Muito obrigado.